



## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37929>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers  
Postbus 85576  
2508 CG Den Haag  
T (070) 330 70 33  
F (070) 330 70 30  
E [info@bju.nl](mailto:info@bju.nl)  
I [www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# *EstateTip* Review

Afl. 2007-24

16 mei 2007

---

## De notaris legt (het u) uit Van 'extreme' estate planning tot estate planning in extremis: Zauberhaft!

Het was weer smullen voor de estate planners de afgelopen tijd. Belangrijke arresten, belangrijke publicaties, zowel in binnen- als buitenland, oftewel de schijf van vijf draait op volle toeren. Waar zullen wij beginnen?

### 1. *De schenking onder opschortende voorwaarde*, HR 30 maart 2007, nr. 41.007

Wanneer komt een *voorwaardelijke* schenking tot stand en in concreto: vóór of na ommekomst van de tienjaarstermijn? Eindelijk antwoord. Het heeft wel (op drie dagen na) bijna drie jaar geduurd. De Hoge Raad zegt echter geen woord teveel, hetgeen betekent, gelet op het rechterlijk 'dralen', dat de Raadsheren het niet gemakkelijk zullen hebben gehad, waarschijnlijk een nipte '2-1':

'Daarvan uitgaande heeft het Hof met juistheid geoordeeld (in onderdeel 5.3) dat de *schenkingsovereenkomst tot stand gekomen* is op het tijdstip van verlijden van de notariële akte, 16 september 1997, *ofschoon* aan de daaruit *voortspruitende verbintenis tot afgifte* van het geschonkene een opschortende voorwaarde was verbonden.' [Cursivering van ons, SBS]

Dat wat betreft de *totstandkoming* van de overeenkomst. Over de *verkrijging* lijkt nog niets gezegd te zijn? Wanneer vindt echter de (goederenrechtelijke?) verkrijging plaats? Het geschonkene was blijkbaar nog niet 'afgegeven' en de '*voortspruitende verbintenis*' derhalve nog niet nagekomen. Hierop, althans op de nieuwe mogelijkheden van dit arrest, wordt in ons SBS-laboratorium aan de Nijmeegse Guyotstraat hard gestudeerd. Wij zijn er nog niet helemaal uit. Zou ook het nieuwe recht nog nieuwe inzichten kunnen brengen in deze kwestie? Met name de ontwikkeling van een *pré*-sterfbedschenking' heeft onze opperste aandacht. Een nieuwe vorm van estate planning in extremis?

Maasland, *De voorwaardelijke schenking*, p. 28 ('Van de leestafel', *EstateTip Review* 2007-12) lijkt er uit te zijn hoe men de 180-dagenregel van artikel 12 SW 1956 zou kunnen 'ontduiken' en de erfrechtelijke progressieval ontlopen:

'De tweede reden waarom het van belang is om het tijdstip van de totstandkoming van de schenking te bepalen is gelegen in art. 12 SW 1956.'

Van Vijfeijken leek de creatieve estate planners immers de pas af te hebben gesneden in haar fiscale monografie (nr. 100) over de fictieve erfrechtelijke verkrijgingen (Deventer: Kluwer 2002, p. 187 e.v.):

'Gezien de ratio van art. 12 SW 1956 meen ik dat de 180-dagentermijn aanvangt op de dag waarop het belastbaar feit voor het schenkingsrecht zich voordoet. Indien derhalve is geschonken onder een opschortende voorwaarde moet worden aangesloten bij het moment waarop de voorwaarde in vervulling gaat. Alleen als dit moment is gelegen binnen 180 dagen voorafgaand aan het overlijden, ligt de heffing van schenkingsrecht en successierecht zo dicht bij elkaar dat samentrekking is geoorloofd. Naar mijn mening begint de 180-dagentermijn dus niet te lopen op het moment dat de aanspraak van de begiftigde ontstaat, maar op heffingsmoment voor het recht van schenking (voorzover deze momenten niet samenvallen.)'

U weet hoe wij 'na het arrest' hierover denken? Artikel 12 SW 1956 spreekt van 'is geschonken' en niet van 'is verkregen'. Ja toch? Deze nuance blijkt bijvoorbeeld uit artikel 83 lid 6 SW 1956 SW waar overgangsrechtelijke perikelen rond de wet van 13 mei 1859! (Stb. nr. 36) worden geregeld en waar een voorwaarde van een 'oude' estate planner nog zijn werk moest doen:

'(...) zomede indien op of na dat tijdstip (1956) krachtens schenking wordt *verkregen* tengevolge van de vervulling van een *voorwaarde*.' [Cursivering van ons, SBS]

Totstandkoming van de overeenkomst onder de oude wet en vervullen van de voorwaarde onder de nieuwe wet, betekende heffing onder de 'nieuwe' wet (van 1956) als wij het goed zien.

Ons valt in ieder geval op dat in de estate planning de *civielrechtelijke dogmatiek* steeds belangrijker wordt en met name de *verbintenisrechtelijke* kant van het verhaal. Estate planning betekent immers flexibiliteit en niets is zo flexibel als het verbintenisrecht. En de zekerheid dan? Vroeger was zekerheid synoniem voor de goederenrechtelijke variant. Die tijd is voorbij. In het moderne erfrechtelijke tijdperk is een legaat met een erfrechtelijk vertegenwoordiger net zo *zeker* als een (*inflexibele*) erfstelling, een quasi-wettelijke verdeling net zo *zeker* als een (*inflexibele*) wettelijke verdeling, en ga zo maar door. En wat deden de *Europese* bladen?

## 2. *Zauberhafte* en *großartige* Duitse 'estate planning'

U weet dat wij inmiddels op de jaarlijkse 'combidag' te Amersfoort ons nieuwe *toegift-legaat* in modelvorm (*EstateTip Review* 2007-20) te water hebben gelaten. Dit toegift-legaat is, zoals bekend, gebaseerd op een Duitse estate-planningstechniek waarin

de legitieme portie als fiscaal speeltje wordt gebruikt. In het blad *Zeitschrift für Erb-recht und Vermögensnachfolge* (ZEV 2007/4), p. 166 klonk het nog zo:

‘Die Geltendmachung des Pflichtteils ist eine *zauberhafte* Möglichkeit, erb-schaftsteuerliche Vorteile zu nutzen. Die *Flexibilität* ist großartig.’ [Cursivering van ons, SBS]

Mooier dan de Duitse Notar Dr. Eckhard Wälzholz kunnen wij het echt niet meer zeggen: ‘Zauberhaft!’ In ieder geval een steuntje in de rug bij de tewaterlating.

Overigens is ook bij het toegiftlegaat alles opgehangen aan de wijze waarop de voorwaarde in de Successiewet wordt behandeld (art. 45 en 53 SW 1956). Er wordt gelegateerd onder opschortende voorwaarde (het inroepen van de legitieme portie).

### 3. *Belgisch* Themanummer (TEP) ‘*In extremis*’

Alain Verbeke kondigt in het Belgische *Tijdschrift Estate Planning* 2007-1 en 2 een nieuw interessant concept aan inzake de (fiscale) successieplanning in Vlaanderen en wel in het licht van allerlei nieuwe mogelijkheden en technieken ‘*in extremis*’. Hij belooft niet alleen een themajaar, maar ook een:

‘geheel nieuwe dimensie, een verfrissende en originele kijk op tal van bekende en klassieke aspecten van de estate planning.’

Een rode draad die van cruciaal belang is bij de estate planning in extremis:

‘een intelligent gebruik van volmachten en andere technieken van vertegenwoordiging.’

De clou is om al een georganiseerd pakket van maatregelen klaar te hebben liggen voor de situatie dat het sterfbed en andere calamiteiten eerder komen dan gepland. In ieder geval een aanrader van meer dan 180 pagina’s, en er volgen na dit algemene deel nog vele bijzondere delen, zo begrepen wij.

De nieuwe Nederlandse mogelijkheden op basis van het hiervoor genoemde arrest van 30 maart jongstleden zijn in feite ook een vorm van estate planning in extremis, zij het juist met het oog op het ontlopen van de sterfbedschenking, oftewel men make een *pré*-sterfbedschenking.

En de literatuur in eigen land?

### 4. Nog een themanummer, *WPNR* (2007) 6709 over *de Uitleg van...*

Vorig weekend viel dit dikke *WPNR*-nummer op de deurmat. Het gaat de estate planner met name om de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen (Van Mourik) en huwelijksvoorwaarden (Van Duijvendijk-Brand), waarin het algemene contractenrecht, dat door Tjittes wordt behandeld, vanzelfsprekend niet uit het oog mag worden verloren. Tjittes wijst erop dat in het Engelse recht een trend te bespeuren is van *tekstuele* uitleg naar *contextuele* uitleg, maar dat de professionele en commerciële contractspartijen daarentegen steeds meer van elkaar mogen verwachten (en van

een rechter verlangen) dat een contract in beginsel tekstueel wordt uitgelegd. Professionele partijen zijn ‘repeat-players’, aldus Tjittes. Hoe anders is dit echter in het door de estate planner zo geliefde familievermogensrecht? Man en vrouw, of aspirant-erflaters zijn nu juist géén ‘repeat-players’. Sterven doe je maar een keer, en scheiden wellicht (g)een enkele keer.

Wij zeggen het Van Duijvendijk-Brand (p. 397) na:

‘Een andere mogelijkheid is om in de akte van huwelijkse voorwaarden een *considerans* op te nemen waarin de aanstaande echtelieden in eigen woorden verklaren wat zij beogen met de huwelijkse voorwaarden (*en wat niet*)!’  
[Cursivering van ons, SBS]

En voegen daar – als voorproefje op het hierna aan te stippen arrest van de Hoge Raad – nog wel aan toe dat de notaris zich bij het ontfutselen van de crux van de overeenkomst niet al te lijdelijk zal opstellen, maar partijen ‘uit de tent zal lokken?’

Van Mourik (p. 417) maakt een dogmatisch interessant onderscheid tussen de vaststelling van de wil ten tijde van het maken van de uiterste wilsbeschikking (uitleg), waarbij redelijkheid en billijkheid geen rol spelen, en de vaststelling van de rechtsgevolgen van een uiterste wilsbeschikking achteraf, waarbij de *redelijkheid en billijkheid* zich nadrukkelijk wél mogen doen gevoelen. Sterker nog, dat kan er ook toe leiden dat aan een uiterste wilsbeschikking het beoogde rechtsgevolg wordt onthouden. Prikkelend is ook de navolgende door Van Mourik geventileerde gedachte:

‘maar veelal kan de notaris (‘handlanger’ van de testateur), de kandidaat-notaris *en/of de modellenmaker* beter dan de testateur uitleggen welke bedoelingen in de tekst zijn verwoord.’ [Cursivering van ons, SBS]

Het volgende arrest sluit naadloos bij deze benadering aan, zij het op het gebied van het overeenkomstenrecht.

5. Tot slot. De *notaris* legt (mee) uit, HR 4 mei 2007 en ‘SBS’ gaat op tour.

Er is blijkbaar genoeg te doen voor de estate planner, en SBS heeft meer dan genoeg materiaal voor een nieuwe lentetour. Vooral dit laatste arrest van de Hoge Raad van 4 mei 2007 was voor ons aanleiding om het door ons de komende maand in cursussen te bespreken *model huwelijksvoorwaarden* (met quasi-erfrechtelijke ingrediënten) eens niet op de klassieke wijze te doen, maar op basis van de aan cliënten ter hand gestelde en voor gezien getekende *toelichting*. Op verzoek van de Hoge Raad: upgradering van het *waarom* en minder ‘letterknechterij’. De *considerans* heeft immers de toekomst. Zekerheid in flexibiliteit.

De Hoge Raad kondigde in zijn arrest van vorige week het ‘nieuwe denken’ aan:

‘Aangezien huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid moeten worden aangegaan bij notariële akte, komt bij de uitleg mede gewicht toe aan hetgeen de *notaris* in het kader van zijn voorlichting *aan partijen heeft medegedeeld* omtrent de inhoud en de strekking van de bepalingen in de huwelijkse voor-

waarden en aan de betekenis die *veel voorkomende bepalingen* in huwelijkse voorwaarden *volgens notarieel gebruik normaal gesproken* hebben.’

[Cursivering van ons, SBS]

‘Haviltexen’ door en met de bril van (de *toelichting* van) de notaris. Een goed notarieel gebruik, oftewel *Zauberhaft!* De Hoge Raad gaat terecht uit van het goede in de (notariële) mens:

‘aangenomen moet worden dat in casu de notaris ervoor *zou hebben gezorgd* dat een staat van aanbrengsten werd opgemaakt indien partijen inderdaad een stelsel beoogden dat inhoudelijk overeenkwam met het wettelijk deelgenootschap.’ [Cursivering van ons, SBS]

Quod non. Anders gezegd: wat meer aandacht voor de waardestijging van hetgeen ten huwelijk was aangebracht door *erfrecht en schenking*, en er waren geen uitlegproblemen geweest. ‘Toelichtingen’ en vastlegging van de strekking hebben de toekomst. Wij zijn er klaar voor.

Donderdag 24 mei 2007, Hilton, Rotterdam

Dinsdag 5 juni 2007, Theaterhotel Oranjerie, Roermond

Donderdag 7 juni 2007, De Nieuwe Buiten Sociëteit, Zwolle

De cursus *Quasi-erfrecht* richt zich op *overeenkomsten met erfrechtelijke* betekenis, zoals de huwelijksvoorwaarden, levensverzekerings- en schenkingsovereenkomsten. Informatie via tel. 0348-444490. Het inschrijfformulier treft u aan in de bijlage.

*Tot volgende week!*



ScholsBurgerhartSchols



[www.scholsburgerhartschols.nl](http://www.scholsburgerhartschols.nl)

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

© 2007 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.